

Des différentes causes d'évaporation des sommes allouées par les juges : le salarié face aux AGS, au Pôle emploi et au Trésor public

par *David METIN*, Avocat au Barreau de Versailles

PLAN

I. L'insolvabilité de l'employeur, fatal obstacle à la réparation intégrale

- A. La garantie des créances salariales, un palliatif à la défaillance de l'employeur
- B. Les plafonds de la garantie, une limite injuste aux droits des salariés

II. Les droits de l'Etat (et de Pôle emploi) sur les sommes allouées par les juges

- A. L'action en répétition de l'indu, la faux de Pôle emploi
- B. L'intégration des sommes allouées par les juges dans l'assiette de calcul des prélèvements obligatoires

La défaillance de l'employeur empêche dans de nombreux cas les salariés de recouvrer intégralement les sommes que leur ont octroyées les juges (I). Sur celles qu'ils parviennent tout de même à percevoir, l'Etat et Pôle emploi se chargent d'en prélever une partie, ce qui nuit à la réparation intégrale de leur préjudice (II).

I. L'insolvabilité de l'employeur, fatal obstacle à la réparation intégrale

Si le régime de garantie des créances salariales permet de limiter les effets désastreux résultant du déficit de trésorerie de l'employeur (A), les plafonds qui protègent sa santé économique l'empêchent d'atteindre une préservation optimale des travailleurs (B).

A. La garantie des créances salariales, un palliatif à la défaillance de l'employeur

L'entreprise peut traverser des turbulences économiques provoquant des difficultés de trésorerie. Afin de la placer sous surveillance et de concilier au mieux les droits de chacun, une procédure collective est ouverte par jugement. Les salariés voient alors se déployer au-dessus d'eux un parachute indispensable. En vertu de l'article L. 3253-6 du Code du travail, tout employeur assure ses salariés contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. La garantie des salaires ainsi instituée pallie la défaillance de l'entreprise et permet la subsistance économique des travailleurs.

Dans un objectif d'équilibre financier du régime de garantie des salaires et de limitation des abus, des règles strictes entourent cette protection, en se fondant à la fois sur la nature et sur la date de la créance, ainsi que sur le type de procédure collective ouvert (1).

La garantie des créances résultant de l'exécution du contrat de travail. Les créances couvertes par le dispositif de garantie des salaires sont définies par le Code du travail. D'une manière générale, seules les créances dues en exécution du contrat de travail sont garanties (2). La Cour de cassation se fonde sur ce principe pour exclure du dispositif les créances résultant pour le salarié des frais de procédure, telles les sommes dues en application de l'article 700 du Code de procédure civile (3) ou encore l'indemnité recouvrant les frais d'huissier, pourtant engendrés par la résistance de l'employeur à l'exécution d'une décision de justice résultant de la rupture du contrat de travail (4), les sommes dues en vertu des liquidations d'astreinte. Une partie non négligeable des indemnités octroyées par le juge peuvent rapidement s'évaporer de cette façon.

(1) C. trav., art. L. 3253-8 et suivants.

(2) C. trav., art. L. 3253-6.

(3) Soc. 2 mars 1999, n° 97-40044, Bull. civ. V n° 87, p. 63.

(4) Soc. 12 janv. 1999, n° 96-42585, Bull. civ. V n° 9, p. 6.

Criante est l'injustice alors que les frais de procédure sont rendus inévitables par le comportement de l'employeur.

L'interprétation restrictive des dispositions excluant certaines créances de la garantie. L'article L. 3253-13 dispose que l'assurance ne couvre pas les sommes qui concourent à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe ou d'une décision unilatérale de l'employeur, lorsque l'accord a été conclu et déposé ou la décision notifiée moins de dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective. Au visa de ce texte, la Cour de cassation (5) s'en tient à une interprétation littérale pour décider qu'est garantie la créance salariale résultant d'un accord d'entreprise conclu postérieurement au jugement d'ouverture. S'il est probable que le législateur ait involontairement omis de viser la période postérieure à l'ouverture de la procédure, les juges ne peuvent, lorsqu'il est question d'annihiler les intérêts légitimes des travailleurs, interpréter largement une disposition claire et non équivoque (6).

La définition des créances salariales couvertes par l'assurance est absolument fondamentale, l'exclusion de l'une d'elles entraînant des conséquences dramatiques. En présence de difficultés de trésorerie de l'employeur, un jugement reconnaissant au salarié le droit au recouvrement de certaines sommes rejetées par l'AGS risque de rester lettre morte. Le salarié doit alors se contenter d'une reconnaissance symbolique par la justice de son travail et de ses droits, pour subvenir à ses besoins. L'exclusion des sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde en est un exemple (7). Certains auteurs considèrent qu'elle s'applique même en cas de conversion d'une procédure de sauvegarde en

redressement judiciaire (8). Le châtement des travailleurs en est d'autant plus important.

L'exclusion de certaines créances salariales ne constitue malheureusement pas la seule barrière à la prise en charge par l'AGS des droits pécuniaires des salariés. La garantie est également limitée dans son montant.

B. Les plafonds de la garantie, une limite injuste aux droits des salariés

Les plafonds généraux de la garantie. Un décret de 2003 a considérablement abaissé le plafond de la garantie des salaires institué par le législateur (9). De manière générale, elle est limitée, toutes créances du salarié confondues, à six fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions au régime d'assurance-chômage, soit 69 240 euros en 2010 (10).

Ce montant est réduit à cinq fois ce plafond quand le contrat de travail dont résulte la créance a été conclu moins de deux ans et six mois au moins avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective, soit 57 700 euros. Antérieurement à 2003, le plafond applicable aux créances issues d'un contrat conclu plus de six mois avant la décision prononçant le redressement judiciaire s'élevait à treize fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions au régime d'assurance-chômage (11). Le durcissement du plafonnement de la garantie a été radical.

En revanche, lorsque le contrat créateur de droits pécuniaires a été conclu moins de six mois avant la date d'ouverture de la procédure, la limite de la garantie continue d'être égale à quatre fois ledit plafond, soit 46 160 euros.

Etrangement, l'article D. 3253-5 du Code du travail n'envisage pas expressément les créances issues de

(5) 30 sept. 2009, n° 08-42.076

(6) Selon le Pr Morvan, « inquiet des effets d'aubaine que peut susciter l'ouverture d'une procédure collective dont l'imminence est notoire, le législateur a restreint les droits que les salariés peuvent retirer d'actes juridiques conclus avant la date du jugement d'ouverture (sur le modèle de la « période suspecte ») et ce d'autant plus qu'ils ont été conclus à proximité de cette date fatidique. Focalisé sur cette période antérieure, le législateur a laissé dans l'ombre le sort des actes juridiques postérieurs qui, pourtant, peuvent donner lieu à des abus semblables, en dépit de la vigilance des praticiens des procédures collectives » (P. Morvan, note sous Soc. 30 sept. 2009, précité, JCP S 2009, 1506). Pour une condamnation très sévère de la solution exprimée dans l'arrêt du 30 septembre 2009, V. B. Soinne, « Les indemnités extralégales de licenciement et la responsabilité des mandataires de justice », Rev. Proc. Coll. 2010, n° 1.

(7) Soc. 28 sept. 2010, n° 09-65438, JCP S 2010, 1496, note T. Lahalle (les AGS ne garantissent pas les sommes dues en raison de la rupture du contrat de travail intervenue avant le jugement d'ouverture) ; Soc. 10 mars 2009, n° 07-45326, Bull. civ. V n° 65.

(8) Le Professeur Le Corre explique que « d'une part, le jugement de conversion en redressement judiciaire n'est pas un jugement d'ouverture. Or l'article L. 3253-2 du Code du travail vise, au titre des créances couvertes par l'AGS, les rémunérations dues quand

est "ouverte une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire". D'autre part, l'ouverture de la sauvegarde rend impossible la prise en charge de créances antérieures » (P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2010-2011, p.1786). D'autres auteurs considèrent toutefois qu'en cas de préexistence de la cessation des paiements à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, l'AGS doit prendre en charge les créances antérieures : T. Mastrullo, « La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire », Rev. Proc. Coll. 2008, 19, n° 2 ;

(9) Décret n° 2003-684 du 24 juill. 2003 modifiant l'article D. 143-2 du Code du travail, pris en application de l'article L. 143-11-8 du Code du travail, relatif aux plafonds de garantie des salaires en cas d'insolvabilité des entreprises. V. F. Saramito « L'abaissement du montant maximum de la garantie due par l'AGS » Dr. Ouv. 2003 p. 357

(10) C. trav., art. D. 3253-5.

(11) Soc. 15 déc. 1998, Dr. Ouv. 1999 p. 47, rapp. J.Y. Frouin, concl. P. Lyon-Caen, n. M.-S. Vincent et A. Pomagrzak.

contrats conclus après la date du jugement d'ouverture de la procédure collective. L'application du plafond le plus strict est revendiquée par certains (12). Nous sommes plutôt d'avis, dans le silence des textes, de privilégier la solution la plus favorable au salarié, par analogie avec le raisonnement adopté par la Cour de cassation le 30 septembre 2009. A notre sens, seul le plafond 6 limite la garantie des créances issues de contrats conclus postérieurement à la date du jugement d'ouverture.

Les plafonds de la garantie spécifiques à la procédure de liquidation judiciaire. La procédure de liquidation judiciaire est assujettie à des plafonds spécifiques (13). Lorsque le tribunal prononce la liquidation, l'assurance couvre dans la limite d'un montant maximal correspondant à un mois et demi de salaire les sommes dues :

- a) au cours de la période d'observation ;
- b) au cours des quinze jours suivant le jugement de liquidation ;
- c) au cours du mois suivant le jugement de liquidation pour les représentants des salariés ;
- d) pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation et au cours des quinze jours suivants la fin de ce maintien de l'activité (14).

En outre, la procédure de liquidation présente la particularité de faire l'objet d'un mécanisme de double plafond. Celui d'un mois et demi de salaire est limité dans sa valeur à trois fois le plafond retenu par mois pour le calcul des cotisations de Sécurité sociale pour un mois et demi de salaire, soit 8 655 euros, ou à deux fois ce plafond, pour un mois de salaire, soit 5 770 euros (15).

Une interprétation du droit communautaire contestable. La directive européenne du 20 octobre 1980, modifiée par celle du 23 septembre 2002, autorise les Etats membres à limiter la garantie des créances salariales (16). En vertu de son article 4, les plafonds que sont en droit d'imposer les Etats membres « ne doivent pas être inférieurs à un seuil socialement compatible avec l'objectif social de la présente directive ». Si le plafonnement de la garantie n'est donc pas contestable dans son principe, la validité de son montant est conditionnée par l'interprétation de l'objectif

social qui doit être adoptée. La directive de 2002 apporte un éclairage important sur ce point. Elle précise que le texte de 1980 « vise à assurer aux travailleurs salariés **un minimum de protection en cas d'insolvabilité de leur employeur** ».

S'il en eut été besoin, l'équivoque se dissipe : l'objectif de la directive n'est donc pas de garantir l'effectivité de l'intégralité des droits pécuniaires des salariés. Certains auteurs vont jusqu'à réduire les sommes protégées par la garantie au minimum vital, permettant la survie et la reproduction de la ressource « main-d'œuvre », comme celles-ci étaient envisagées au XIX^e siècle (17). Cette vision est contestable. L'expression « un minimum de protection » ne signifie pas « une protection minimum ». Il relève de la responsabilité de la communauté des employeurs de prévenir leurs défaillances. Le fait d'entreprendre comprend une prise de risques, qui bien souvent justifie la rémunération la plus élevée à l'échelle de l'entreprise. La contrepartie réside dans la responsabilité qu'elle entraîne. Les travailleurs n'ont pas vocation à assumer les risques engendrés par la volonté d'entreprendre de ceux qui les emploient. A une époque où l'endettement des ménages atteint des records, en raison des incompressibles coûts du logement, des frais courants, la garantie organisée par les employeurs pour permettre aux salariés de recouvrer des sommes qu'ils ont gagnées ne peut pas honnêtement se limiter au minimum du minimum.

Lorsqu'il a fourni une prestation de travail, le salarié a gagné le droit de faire face aux dépenses qu'il pouvait normalement assumer lorsque son employeur le rémunérait encore. Tel est le minimum de protection auquel il peut prétendre. La seule couverture de ses besoins alimentaires n'est pas admissible. Il appartient aux responsables patronaux d'adapter en conséquence le fonctionnement financier de l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des salariés. Les plafonds peuvent être contestés sur le fondement de cette interprétation de l'expression « minimum de protection » qui, somme toute, se caractérise par sa relativité et se prête donc au débat.

(12) P. Morvan, note sous Soc. 30 sept. 2009, précitée : « *qu'en est-il d'un contrat de travail valablement conclu après l'ouverture du redressement judiciaire (v. par ex., Cass. soc., 21 sept. 2005 : JurisData n° 2005-029797 ; JCP S 2005, 1352, n. P. Morvan) ? L'hypothèse a semblé si improbable que le décret ne l'a pas envisagée. Cette fois-ci, il semble impossible d'étendre au maximum (ou, encore moins, de déplaçonner !) la garantie AGS. Le « plafond 4 » – le plus modeste – paraît seul applicable* ».

(13) C. trav., art. L. 3253-8 : les sommes dues à la date du jugement d'ouverture demeurent toutefois soumises à l'article D. 3253-5 du Code du travail.

(14) C. trav., art. L. 3253-8, 4°.

(15) C. trav., art. D. 3253-2.

(16) Directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 oct. 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, JO L 283 du 28.10.1980, p. 23 ; Directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 sept. 2002 modifiant la directive 80/987/CEE, JO L 270 du 8.10.2002, p. 10.

(17) Selon P.M. Le Corre, « *la vocation sociale de l'AGS devrait conduire à circonscrire son intervention à la seule couverture des besoins alimentaires des salariés, cette couverture devant participer du caractère lui-même alimentaire du salaire* » (*Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2010-2011, p. 1787).

II. Les droits de l'Etat (et de Pôle emploi) sur les sommes allouées par les juges

Une fois que le salarié a obtenu gain de cause, à la suite d'une procédure judiciaire respectant rarement les délais raisonnables qui lui incombent, le parcours n'est toujours pas terminé. Les indemnités qu'il s'est vu octroyer par le juge ne sont qu'en partie siennes. D'une part, Pôle emploi réclame souvent la répétition des allocations-chômage versées à la suite de la rupture de son contrat de travail (A), d'autre part, l'Etat ponctionne une partie de ces indemnités au titre des prélèvements obligatoires (B).

A. L'action en répétition de l'indu, la faux de Pôle emploi

En vertu de l'article L. 5422-5 du Code du travail, l'action en remboursement de l'allocation d'assurance indûment versée se prescrit par trois ans. Ce délai court à compter du jour du versement de ces sommes.

• L'argument du délai de carence

Le délai de carence de base. En application de l'article 21 §1 du règlement général de l'assurance-chômage, la prise en charge du salarié licencié est reportée à l'expiration d'un différé d'indemnisation correspondant au nombre de jours qui résulte du quotient du montant de l'indemnité compensatrice de congés payés versée par le dernier employeur par le salaire journalier de référence (18).

L'indemnité compensatrice de préavis, en ce qu'elle constitue un revenu de remplacement, entre dans le calcul du délai de carence (19). L'article L. 5421-1 du Code du travail autorisant le recouvrement d'un seul revenu de remplacement, dès lors que les juges reconnaissent au salarié le droit à un préavis, le paiement des allocations de chômage pour la période correspondant à ce préavis se révèle indu.

Le différé supplémentaire. En outre, l'article 21 § 2 augmente le délai de carence d'un différé spécifique, d'un maximum de 75 jours, en cas de versement d'indemnités ou de toute autre somme inhérente à la rupture du contrat de travail, quelle que soit leur nature, dès lors que leur montant ou leurs modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative.

Le règlement précise que si tout ou partie de ces sommes est versé postérieurement à la fin du contrat de travail ayant ouvert des droits, les allocations qui, de ce fait,

n'auraient pas dû être perçues par l'intéressé doivent être remboursées. L'action de Pôle emploi en répétition de l'indu est fondée.

Pôle emploi indique, dans son *précis de l'indemnisation du chômage* de 2009, que sont concernées par l'article 21 § 2 du Règlement général l'indemnité pour violation de la procédure de licenciement (20), les indemnités légales de licenciement équivalentes au préjudice subi par le salarié et les indemnités pour la partie supérieure au minimum institué par le Code du travail (21).

Ainsi l'indemnité prévue par l'article L. 1235-5 est prise en compte dans le calcul du délai de carence dès le premier centime. Il en est de même pour toute somme supérieure aux salaires des six derniers mois pour l'indemnité prévue à l'article L. 1235-3 et des douze derniers mois pour celle de l'article L. 1235-11. Cette position rigide doit être remise en cause. Il convient de rappeler qu'une convention de l'assurance-chômage ne peut être agréée que si elle ne comporte aucune stipulation contraire avec les dispositions légales en vigueur (22). Or, la législation n'interdit jamais le cumul entre dommages-intérêts et revenu de remplacement (23). La légalité du règlement général de 2009 paraît dès lors fragile.

Malgré l'interprétation défavorable retenue par Pôle emploi, le délai de carence supplémentaire ainsi calculé ne peut jamais dépasser 75 jours, le cumul entre ces indemnités et les allocations est donc en partie effectif.

• La destitution rétroactive des droits aux allocations chômage

Le détournement de la nature de l'indemnité de rupture anticipée du CDD. L'argument du délai de carence ne constitue pas le fondement du principe de non-cumul entre les allocations-chômage et l'indemnité de rupture anticipée du CDD, instauré par la Cour de cassation (24).

Celle-ci assimile cette indemnité à un revenu de remplacement, pour le montant égal aux rémunérations que le salarié aurait perçues jusqu'au terme du contrat, interdisant ainsi l'application de l'article L. 5421-1 du Code du travail. Elle décide par conséquent que lorsque cette indemnité est versée au salarié, les allocations-chômage afférentes à cette période sont indues et sujettes à

(18) Règlement général, annexé à la Convention d'assurance chômage du 19 fév. 2009.

(19) Soc. 16 mai 2000, n° 98-12571, Bull. civ. V n° 185, p. 142.

(20) C. trav., art. L. 1235-2.

(21) http://www.unedic.org/documents/DA/Juridique/Precis_2009.pdf.

(22) C. trav., art. L. 5422-22.

(23) Le Code du travail ne dit pas non plus que « toute somme excédant ce revenu de remplacement doit aller combler le déficit de l'Assedic » (B. Blohorn-Brenneur, *Semaine Sociale Lamy*, 2003, n° 1138, Supplément, « *La nature juridique de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et son incidence sur le délai de carence* »).

(24) Soc. 14 janv. 1997, n° 95-13044 et n° 94-21.806 ; Soc. 25 mars 1998, pourvoi n° 96-10.367, arrêt n° 1687 D ; Soc. 3 févr. 1999, n° 97-17088 ; Soc. 27 févr. 2001, n° 98-45140.

répétition. L'indemnité de rupture anticipée du CDD ne constitue pourtant pas un revenu de remplacement. Elle revêt une double nature.

D'une part, elle a pour vocation d'indemniser le salarié de la rupture anticipée du contrat et de la situation de précarité qu'il a vécue. L'article L. 1243-4 du Code du travail ne fait référence aux rémunérations que le salarié aurait perçues que pour fixer un montant minimum. Contrairement à l'indemnité compensatrice de préavis, le juge demeure fondé à évaluer le préjudice subi à un montant supérieur. Elle englobe à la fois le préjudice matériel et le préjudice moral subis par le salarié, à charge pour le juge d'en fixer le montant.

D'autre part, l'indemnité de l'article L. 1243-4 présente indéniablement une dimension punitive. Elle constitue une sanction civile visant à dissuader l'employeur de violer les règles encadrant le recours aux contrats précaires (25).

La Cour de cassation viole à la fois la lettre et l'esprit du texte lorsqu'elle interdit le cumul entre cette indemnité et les allocations-chômage. En outre, en reprenant aux salariés les sommes issues de la procédure judiciaire, elle les encourage à se contenter des allocations-chômage perçues, sans rechercher la responsabilité de leur employeur. L'exigeante législation sur les contrats précaires, destinée à atténuer leur fragilité, risquerait alors de perdre beaucoup de son effectivité (26).

Le cumul entre l'indemnité de non-concurrence et les allocations-chômage. A l'inverse, la Cour de cassation admet le cumul entre l'indemnité de non-concurrence et les allocations versées par Pôle emploi, celles-ci n'ayant ni le même fondement, ni le même objet (27). L'obligation du paiement de l'indemnité compensatrice de non-concurrence est liée à la cessation d'activité du salarié, au respect de la clause de non-concurrence et à l'absence de renonciation de l'employeur, elle ne poursuit donc pas l'objectif de remplacer un revenu perdu.

Le détournement de la nature de l'indemnité de violation d'une clause de garantie d'emploi. La Haute juridiction adopte le même raisonnement que pour l'indemnité de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, au sujet de l'indemnité versée à l'occasion de la violation d'une clause de garantie d'emploi, équivalent aux rémunérations que le salarié aurait perçues jusqu'au terme du contrat (28). La nature de revenu de

remplacement de cette indemnité peut également être discutée. Elle est le résultat de la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l'employeur. Elle est versée en conséquence de la violation d'une obligation qui ignore le fait que le salarié ait ou non retrouvé un emploi (29). Il s'agit d'une indemnité contractuelle prévue pour dissuader le non-respect des règles que les parties se sont elles-mêmes fixées, et pas d'un revenu de remplacement. Le cumul avec les allocations-chômage, en ce qu'il est légitime, doit donc être admis.

L'amorce d'une jurisprudence plus juste. Sur cette question du cumul, la jurisprudence est particulièrement complexe. Elle l'admet pour certaines indemnités, le refuse pour d'autres, sans que les raisons avancées ne parviennent réellement à convaincre. Un arrêt du 11 mars 2009 porte en lui les germes d'une convergence vers plus de cohérence et de justice (30).

L'attendu de principe de la Cour de cassation prend des airs de revirement lorsqu'il énonce : « *la nullité du licenciement n'a pas pour effet de priver rétroactivement un travailleur du droit à l'allocation d'assurance que l'Assedic lui a servie pendant la période comprise entre son licenciement et sa réintégration où il était involontairement privé d'emploi, apte au travail et à la recherche d'un emploi* ». L'action en répétition de l'indu s'avère alors infondée. Malgré l'existence d'un contrat de travail et de rappels de salaires durant la période couverte par Pôle emploi, le salarié n'est pas destitué de ses droits. Cette nouvelle solution jurisprudentielle devrait *a fortiori* être étendue aux indemnités précédemment étudiées, celles-ci résultant de la rupture du contrat de travail.

Les juges du fond semblent déjà enclins à poursuivre dans cette voie. Le Tribunal d'instance d'Orléans a autorisé le cumul entre l'indemnité de requalification de plusieurs CDD en CDI et des allocations chômage versées dans les périodes d'entre-contrats (31). Comme l'expliquent les juges, l'indemnité de requalification « *ne vise pas à rémunérer les périodes de non-emploi s'étant succédées entre les CDD requalifiés, mais tend à compenser la précarité dans laquelle le salarié a été maintenu [...]. Il n'a donc pas été versé de salaire ou de rémunération* » au salarié. Ses droits au chômage ne peuvent donc pas être remis en cause. La jurisprudence favorisant l'action en répétition de l'indu de Pôle emploi serait-elle enfin en train de se fissurer ?

(25) F. Taquet, « *Rupture anticipée du contrat à durée déterminée* », Les Cahiers du DRH, 2003, n° 84.

(26) Concernant l'action en répétition de l'indu de Pôle emploi à la suite de la requalification en CDI de nombreux contrats d'intérim, voir E. Serverin et T. Grumbach, « *Histoire d'Anna S. ou à qui perd gagne* », RDT 2008, p. 723.

(27) Soc. 27 févr. 1991, n° 89-40.499, Bull. civ. V n° 107.

(28) Ass. plén., 13 déc. 2002, n° 00-17143, Dr. Ouv. 2003 p. 231, n. P. Tillie ; Soc. 23 oct. 2007, n° 06-42994. *Contra* : Soc. 6 mai 1998, n° 96-19749.

(29)

(30) Soc. 11 mars 2009, Bull. civ. V n° 75, reproduit ci-après p. 260.

(31) TI Orléans 11 févr. 2010, *Descoursières c/ Pôle emploi*, n. F. Rabion, Dr. Ouv. 2010, p. 435 : « *Ce jugement sera bienvenu pour tous les salariés confrontés à cette pénible situation dans laquelle Pôle emploi leur réclame quelquefois bien plus que l'entier bénéfice qu'ils ont tiré d'une procédure prud'homale qui vise avant tout, ainsi que le rappelle le Tribunal d'Orléans, à réparer le préjudice résultant de la précarité d'une situation et d'une rupture injustifiée de contrat* » ; *contra* : Cons. prud'h. Vesoul, 31 janv. 2007, n° F 06/0009 et Besançon, 17 juin 2008, E. Serverin et T. Grumbach, « *Histoire d'Anna S. ou à qui gagne perd* », SSL. 2008, p. 723.

B. L'intégration des sommes allouées par les juges dans l'assiette de calcul des prélèvements obligatoires

L'intégration des indemnités dans l'assiette de calcul de l'impôt sur le revenu. Le principe général édicté par le Code général des impôts est celui de la soumission à l'impôt sur le revenu de toute indemnité versée à l'occasion de la rupture du contrat de travail (32). Dans le même temps, la législation énumère de nombreuses exceptions. Sont ainsi exclues de l'assiette de calcul de cet impôt :

- les indemnités allouées par les tribunaux pour sanctionner un licenciement irrégulier ou abusif ;
- les indemnités de licenciement ou de départ volontaire versées dans le cadre d'un PSE ;
- la fraction des indemnités de licenciement ou des indemnités résultant d'une rupture conventionnelle supérieure au montant légal ou conventionnel jusqu'à un montant équivalent à deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture de son contrat de travail, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six fois le plafond mentionné à l'article L. 241-3 du Code de la sécurité sociale en vigueur à la date du versement des indemnités (6 fois 34 620 = 86 550 33) ;
- de même pour les indemnités de mise à la retraite mais la limite maximale est de 5 fois le plafond (5 fois 34 620 = 173 100) ;
- la fraction des indemnités de départ volontaire versées aux salariés dans le cadre d'un accord collectif de GPEC n'excédant pas quatre fois ce plafond ;
- les indemnités temporaires, à hauteur de 50 % de leur montant, ainsi que les prestations et rentes viagères, servies aux victimes d'accidents du travail ou à leurs ayants droit ;
- les allocations, indemnités et prestations servies, sous quelque forme que ce soit, par l'Etat, les collectivités et les établissements publics, en application des lois et décrets d'assistance et d'assurance (34).

Sont exonérées les indemnités versées à l'occasion d'un licenciement ou d'une cessation de fonction si elles ont pour objet de compenser un préjudice autre que celui résultant de la perte de revenu. L'indemnité que l'employeur est tenu de verser au salarié en cas de rupture anticipée d'un CDD ne figure pas, dans son intégralité, parmi celles-ci (35). Seule est exonérée la partie excédant

le montant des rémunérations qu'aurait perçues le salarié si le contrat était allé jusqu'à son terme, celle-ci étant considérée comme dédommageant un préjudice différent de la perte de revenus (36). Nos réserves sont les mêmes que celles exprimées précédemment sur cette question de la nature de l'indemnité.

Le Conseil d'Etat intègre également l'indemnité de non-concurrence dans l'assiette de calcul de l'impôt sur le revenu. En parfaite contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation, il la considère comme « *la rémunération d'un service rendu en exécution d'un contrat de travail, imposable dans la catégorie des traitements et salaires* » (37). La cohérence juridique gagnerait à ce que le Conseil d'Etat se range à l'avis de la Cour, qui admet son cumul avec les allocations-chômage et qui ne l'envisage donc pas comme une rémunération.

L'intégration des indemnités dans l'assiette de calcul de la CSG-CRDS. Une partie des indemnités octroyées par les juges au salarié est prélevée au titre de la CSG-CRDS. Les indemnités de licenciement ou de mise à la retraite et toutes autres sommes versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail pour la fraction qui excède le montant prévu par la convention collective de branche, l'accord professionnel ou interprofessionnel ou à défaut par la loi ou en l'absence de montant légal ou conventionnel pour ce motif, entrent pour la fraction qui excède l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement dans l'assiette de calcul de ces cotisations (38). Même les indemnités octroyées à l'occasion d'un licenciement pour faute grave ou lourde sont exonérées à la hauteur du montant de l'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle (39).

L'article L. 136-2 du Code de Sécurité sociale actuellement en vigueur prévoit qu'en tout état de cause, cette fraction ne peut être inférieure au montant assujéti à l'impôt sur le revenu. La loi de financement de la sécurité sociale du 20 décembre 2010 adosse ce plancher aux cotisations de Sécurité sociale en application du douzième alinéa de l'article L. 242-1. Les sommes exclues du calcul de la CSG-CRDS ne pourront donc plus dépasser trente fois le plafond annuel de Sécurité sociale.

Les dommages-intérêts versés par l'employeur à l'occasion de la rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée, considérés comme des salaires (40), sont assujétis à la CSG et à la CRDS.

En revanche, les indemnités de licenciement sont soumises à la CSG et la CRDS uniquement pour la part excédant leur montant minimum prévu par la loi à savoir :

(32) CGI, art. 80 duodecies.

(33) Arrêté du 18 nov. 2009 portant fixation du plafond de la Sécurité sociale pour 2010.

(34) CGI, art. 81.

(35) CE, 9^e et 10^e ss-sect., 5 mai 2010, n° 309803, M. et Mme Arribart, concl. P. Collin, note F. Douet : *JurisData* n° 2010-006279.

(36) Instr. 31 mai 2000 : BOI 5 F-8-00, n° 5 ; Dr. fisc. 2000, n° 27, instr. 12482.

(37) CE, 17 oct. 2008, n° 296847, *Albert*.

(38) CSS, art. L. 136-2.

(39) Civ. 2^e, 5 juin 2008, n° 07-14408, Bull. civ. II, n° 129.

(40) Civ. 2^e 7 juin 2006, n° 04-10326, Bull. civ. II n° 150.

6 mois de salaires si le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse (41), douze mois de salaires si la procédure requise en cas de plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas respectée et deux mois de salaires pour le non-respect de la priorité de réembauchage.

Quelle que soit leur nature, les indemnités d'un montant supérieur à trente fois le plafond annuel défini par l'article L. 241-3 du présent code (1 038 600 euros) sont assujetties dès le premier euro.

Conclusion

Sans cesse tentés de privilégier la préservation des comptes des organismes publics, les juges et le législateur ont souvent bâti un droit défavorable au salarié et à l'effectivité de ses droits pécuniaires. Sans compter que teintés de pragmatisme, les arrêts rendus au sceau de cette légitime inquiétude ne favorisent pas la cohérence

jurisprudentielle. En l'absence de textes, l'intérêt du salarié et la sanction des comportements fautifs de l'employeur devraient toujours être favorisés. Pourtant, aujourd'hui, les sommes octroyées par les juges aux salariés, après être passées aux spectres de l'AGS, des frais de procédure, de Pôle emploi et de l'administration fiscale, se réduisent souvent à une peau de chagrin. S'ajoute à ce phénomène la multiplication des ruptures conventionnelles (11 % des inscrits à Pôle emploi !), qui donnent souvent l'illusion aux salariés d'avoir été maître de sa rupture. Ainsi, ayant l'illusion d'être satisfaits, ils n'accéderont jamais aux indemnités qui leur auraient été dues si l'employeur avait été contraint de procéder au licenciement sans motif valable pour rompre le contrat. Dans ce contexte, l'arrêt du 11 mars 2009 porte l'espoir d'un système plus respectueux des droits durement acquis par les salariés.

David Métin

(41) Civ. 2^e 11 juill. 2005, n° 04-30284 ; Circ. Acoss 2001-22 du 25 janv. 2001 n° 222. Par ailleurs, sont exonérées les indemnités

de licenciement versées dans le cadre d'un PSE, quel que soit leur montant.

Annexe

CHOMAGE - Allocation d'assurance - Remboursement aux ASSEDIC - Exclusion - Licenciement nul.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 11 mars 2009

S. contre **Brake France services** (pourvoi n°07-43.336)

Vu l'article 1376 du Code civil, ensemble l'article L. 351-3, alinéa 1, du Code du travail, devenu L. 5422-1 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué rendu sur renvoi après cassation (Soc. 21 septembre 2005, n° C 03-45.025), que Mme S., salariée de la société Jarmy glaces aux droits de laquelle vient la société Brake France services, a été licenciée le 21 décembre 1994 ; que l'assedic de Lorraine lui a versé l'allocation d'assurance du 1^{er} février 1995 au 31 décembre 1997 ; que, par un arrêt du 24 septembre 2001, la cour d'appel de Nancy a annulé le licenciement et ordonné la réintégration de la salariée, l'employeur étant condamné à lui payer les salaires pour la période comprise entre le licenciement et la réintégration sous déduction des sommes perçues à d'autres titres pendant cette période ;

Attendu que pour faire droit à la tierce opposition formée par l'Assedic de Lorraine à l'arrêt du 24 septembre 2001 en condamnant, d'une part, Mme S. à rembourser à l'assedic de Lorraine une somme représentant l'allocation d'assurance perçue entre le licenciement et la réintégration et, d'autre part, la société Brake France services à verser à Mme S. la même somme en complément de l'indemnité réparant le préjudice résultant de la nullité de son licenciement, l'arrêt retient que, dès lors que le licenciement de Mme S. a été jugé nul, celle-ci ne remplit pas les conditions requises pour bénéficier de l'allocation d'assurance pendant la période comprise entre son éviction et sa réintégration ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la nullité du licenciement n'a pas pour effet de priver rétroactivement un travailleur du droit à l'allocation d'assurance que l'assedic lui a servie pendant la période comprise entre son licenciement et sa réintégration où il était involontairement privé d'emploi, apte au travail et à la recherche d'un emploi, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et vu l'article 627 du Code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 16 avril 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Metz ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

Rejette la demande du Pôle emploi de restitution des sommes versées à Mme S. au titre de l'allocation d'assurance entre le licenciement et la réintégration ;

Rejette en conséquence la demande de Mme S. de condamnation de la société Brake France services à lui payer un complément d'indemnité pour licenciement nul d'un montant égal à la somme dont le Pôle emploi demande la restitution ;

(Mme Collomp, prés. – M. Chauviré, rapp. – M. Lalande, av. gén. – SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Piwnica et Molinié, av.)